

**TCK’NIN 79. MADDESİNDE DÜZENLENEN
GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN SINIRAŞAN
ÖRGÜTLÜ SUÇLARA KARŞI BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER SÖZLEŞMESİ’NE EK KARA, DENİZ
VE HAVA YOLUYLA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞINA
KARŞI PROTOKOL HÜKÜMLERİ
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ¹**

*Doç. Dr. Ayhan DÖNER**

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet SAYDAM***

I. GİRİŞ

Yasadışı göç nedeniyle uluslararası toplum düzeni ve ülkelerin sosyal yapıları ile sınır güvenlikleri tehdit edilmektedir. Bu bağlamda farklı uluslararası sözleşme ve protokollerle bu problemin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Uluslararası yükümlülükler ve göçmen kaçakçılığının ülkemiz bakımından önlenmesi amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 79. maddesinde “Göçmen Kaçakçılığı Suçu” düzenlenmiştir. Kanunun “Özel Hükümler” başlıklı İkinci Kitabının, “Uluslararası Suçlar” başlıklı Birinci Kısımında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun madde gerekçesinde “Türkiye tarafından da onaylanan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”²

¹ Bu makale, Dr. Mehmet SAYDAM’ın, “TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU (TCK m.79)” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

² Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, çalışmamızda “Protokol” olarak ifade edilecektir.

hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir.

II. GENEL OLARAK

Göçmen kaçakçılığı suçu ilk olarak 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 201. maddesine 03/08/2002 tarihinde 4771 Sayılı Kanunla 201/a maddesi eklenerek düzenlenmiştir. Mevzuatımıza uluslararası yükümlülükler çerçevesinde girmiştir. Birleşmiş Milletler tarafından 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo'da düzenlenen konferansta kabul edilen "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve "Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol"³ü imzaladığı için bunun gereklerini yerine getirmek için ilk düzenleme 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda yapılmıştır. Mülga 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesine 4771 sayılı Kanunla 3.8.2002 tarihinde eklenen göçmen kaçakçılığı; *"Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.*

Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suçta iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarılmalara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fül nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir.

³ 30.1.2003 tarihinde 4800 ve 4803 sayılı onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanunlarla TBMM tarafından kabul edilmiştir. Onaylanması, Bakanlar Kurulunca 26/02/2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. 2003/5329 Karar Sayısı ile Cumhurbaşkanı tarafından 18 Mart 2003 tarihli ve 25052 Sayılı Resmi Gazete, de yayımlanmıştır.: 30 gün sonra da yürürlüğe girmiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/03/20030318.htm>, E.T.28.02.2015.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur”, şeklinde düzenlenmiştir.

Yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitap, “Uluslararası Suçlar” başlıklı birinci kısım, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı ikinci bölümünde yer alan “Göçmen Kaçakçılığı” suçu, 79. maddede Türkiye tarafından da onaylanan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere⁴;

“1.Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıların yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) (Ek fıkra: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suçun, mağdurların;

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,

b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,

hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

(3) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

⁴ 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde de göçmen kaçakçılığı suçu düzenlenerek yine uluslararası yükümlülükler yerine getirilmeye çalışılmıştır. Nitekim, maddenin gerekçesinde “Türkiye tarafından da onaylanan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir. TCK Madde Gerekçeleri, 79. madde gerekçesi.

(4) *Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*”, şeklinde düzenlenmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun TCK'nın “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması öğretide, göçmen kaçakçılığı suçunun “*diğer uluslararası suçlar*” içinde yer aldığı, doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluk öngörülmediği ve uluslararası sözleşmelerle devletlere bu fiillerin cezalandırılabilirliğini sağlama yükümlülüğü getirildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵. Ancak kanaatimizce göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu'nun, “uluslararası suçlar” kısmında düzenlenmiş olması, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine de örnek oluşturacak şekilde “*uluslararası hukuk suçu*” olarak kabul edilmesi bakımından önemli bir adımdır. Çünkü göçmen kaçakçılığı yalnızca bu suçlara muhatap olan kişilerin bireysel değerlerini (yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi) değil, aynı zamanda tüm uluslararası toplumun değerlerini de ihlal etmektedir. Bu nedenle, TCK'nın, uluslararası toplumun ağır insan hakları ihlallerine neden olarak gördüğü göçmen kaçakçılığı suçunu “uluslararası suç” olarak nitelendirmesi yerindedir⁶.

5 “Uluslararası suçlar” kavramı ile uluslararası hukuka aykırı olan ve uluslararası sözleşmelerle kovuşturulması kabul edilen suçlar anlaşılmaktadır. Ancak uluslararası suçlar da kendi içinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategoriye “uluslararası hukuk suçları”, ikinci kategoriye ise “diğer uluslararası suçlar” oluşturmaktadır. “Uluslararası hukuk suçları” ya da “uluslararası hukuka karşı suçlar” kavramı ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluğu gerektiren fiiller kastedilmektedir. Literatürde uluslararası hukuk suçları olarak soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı savaşı (saldırganlık) suçu olarak dört grup suç kabul edilmektedir. Çekirdek suçlar olarak da adlandırılan bu suçlar, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren en ağır suçlardır.

“Diğer uluslararası suçlar” için ise doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluk öngörülmemekte, uluslararası sözleşmelerle devletlere bu fiillerin cezalandırılabilirliğini sağlama yükümlülüğü getirilmektedir. Uluslararası suçları işleyen fail, doğrudan uluslararası hukukun bir ceza normunu ihlal etmekte ve doğrudan uluslararası hukukun ceza normlarına dayanarak cezalandırılması mümkün olmaktadır. Buna karşın diğer uluslararası suçların kovuşturulması ve cezalandırılmasının temelini uluslararası hukuk değil, iç hukuka dahil edilen uluslararası sözleşmeler oluşturmaktadır. Diğer uluslararası suçlara örnek olarak hava ulaşımına karşı suçlar, deniz ulaşımına karşı suçlar, uyuşturucu madde suçlarının belli bazı şekilleri, terör suçları, paralarda sahtecilik, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, işkence, fuhuş amaçlı insan ticareti gibi suçlar gösterilebilir”. Faruk TURHAN, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar” s.1, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.d, E.T. 20.04.2015.

6 Mahmut KOCA, “Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Nisan 2010, s.6, (s.1-27).

Kanun maddesinin birinci fıkrasında göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketler tanımlanmaktadır. Buna göre, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak ya da Türk vatandaşı veya yabancının ülke dışına çıkmasına imkan sağlamak, suçu oluşturmaktadır⁷.

Göçmen kaçakçılığı suçu, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacaktır. Kanun koyucu 2010 yılında yaptığı değişiklik ve ekleme ile suçun teşebbüs halinin de tamamlanmış gibi cezalandırılacağını düzenlemiştir.

Suçun manevî unsur bakımından incelemesinde, fiilin “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek maksadıyla” işlenmesi gerektiği görülmektedir. Yani, genel kast suçun işlenmesi için yeterli değildir. Kastın yanında “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî bir yarar elde etmek” maksadı da bulunmalıdır⁸. Suçun oluşması için, bu maksadın varlığı gerekli ve yeterlidir⁹; ancak menfaatin elde edilmiş olması zorunlu değildir. Bu unsur, suçu örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir. Ayrıca bu husus herhangi bir menfaat elde etmeden mesela sadece acıma duygusundan dolayı ya da manevi bir tatmin maksadıyla onları ülkeye sokan kişiler bakımından da önemlidir. Çünkü, bu suçta asıl zarar görenler, çeşitli nedenlerle çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir hayat kurmak için umuda yolculuk yapan insanlardır¹⁰.

22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanununun 6. maddesi ile eklenen ikinci fıkrada, suçun konusu olan yabancılar mağdur olarak açıkça ifade edilerek, suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması veya onur

7 TCK 79. Madde gerekçesi.

8 Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara 2011, s.200; Mehmet Emin ARTUK/Ahmet/GÖKCEN/A. Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2012, 389-390.

9 Öğretide suç tipinde özel bir maksatla suçun işlenmesinin arandığı suçlar bakımından gerekli olan kastın “özel kast” olduğu kabul edilmektedir. Bakınız, Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2016, s.380. ancak eski kanunda yapılan bir ayırım olarak karşımıza çıkan özel kast yeni kanunda yer almamaktadır. Bakınız, Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2011, 196.

10 TCK 79. Madde gerekçesi.

kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada ise, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek cezaların yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir.

Dördüncü ve maddenin son fıkrasında, bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir¹¹.

III. GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU VE SINIRAŞAN ÖRGÜTLÜ SUÇLARA KARŞI BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ'NE EK KARA, DENİZ VE HAVA YOLUYLA GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞINA KARŞI PROTOKOL

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyula Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün amacı göçmen kaçakçılığının önlenmesi, bununla mücadele edilmesi ve göçmenlerin haklarının korunmasıdır¹². Nitekim protokolün önsözünde kara, deniz ve hava yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların, işbirliği, bilgi alışverişi ve ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerdeki sosyo-ekonomik önlemleri de içeren diğer uygun önlemler dahil, kapsamlı bir uluslararası yaklaşım gerektiği beyan edilmiştir¹³.

Protokolün 3. maddesinde göçmen kaçakçılığının tanımı, “doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini” şeklinde yapılmıştır. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yabancıların ülkeye sokulması veya ülkede barındırılması ve yabancı veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülkeden çıkarılması suç olarak düzenlenmiş ve

¹¹ TCK 79. Madde gerekçesi.

¹² Protokolün mültecilere sağladığı korumaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, Claire BROLAN, An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective”, International Journal of Refugee Law Vol. 14, No. 4, Oxford University Press, 2003.

¹³ Orijinal metin için bkz, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>, E.T. 01.03.2015.

protokolün göçmen kaçakçılığına ilişkin tanımı dikkate alınmıştır. 765 Sayılı Kanundaki bu düzenleme, daha sonra 5237 Sayılı TCK'da da yerini almıştır. Kanunun 79. maddesinin 1. fıkrasında göçmen kaçakçılığı, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağlanması, ya da Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, Protokolde göçmen kaçakçılığı için yapılan tanımın aynısını protokole uygun olarak TCK'nın 79. maddesinde düzenlemiştir. Hatta protokolde yer almamasına rağmen vatandaşların da ülke dışına çıkarılma bakımından göçmen kaçakçılığına konu olabileceği kabul edilmiştir. Çünkü protokolde yabancılardan bahsediyorken, Türkiye, bu uluslararası sözleşmenin insan haklarını koruyan ve teminat altına alan niteliğini vatandaşları bakımından genişletmiştir¹⁴. Bu hükmün tesisi isabetli olmuştur. Yani göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için düzenlenen seçimlik hareketlerin protokolün gereklerine uygun olduğu görülmektedir.

Protokolün 5. ve 6. maddesinde taraf devletlere göçmen kaçakçılığının önlenmesi amacıyla çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre :

a- Göçmenler, bu Protokol'ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır.

b- Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, göçmen kaçakçılığını, göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imalini ve bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulmasını suç haline getirmekle mükelleftir.

c- İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, yasadışı yollarla imkân sağlamanın suç haline getirilmesi gerekir.

d- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmeyi, suç ortağı olarak iştirak, ve göçmen kaçakçılığını işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmeyi suç haline getirmekle mesuldür.

¹⁴ BİRTEK, Fatih, "Mevzuat İçin Geri, İnsan Onurunun Korunması Açısından İleri Bir Adım: Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Değişiklikler", Örgütlü suçlar ve Yeni Trendler, Polis Akademisi Yayınları, UTSAS 2010 Seçilmiş Bildiriler, s.224 (s.217-240).

e- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almakla yükümlüdür¹⁵.

Protokolün getirmiş olduğu bu yükümlülükler bakımından tek tek bakıldığında; “a- Göçmenler, bu Protokol’ün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol’e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır”¹⁶. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu’nun 201/a maddesindeki düzenlemede suçun sosyal anlamda mağduru olarak kabul edilen göçmenlerin cezalandırılmasına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Yani, izinsiz olarak ülkeye giren ülkede kalan veya ülkeden çıkan yabancılar göçmen kaçakçılığı nedeniyle cezalandırılmamıştır. Aynı şekilde 5237 Sayılı TCK’nın 79. maddesinde de göçmen kaçakçılığı suçunun konusu olan yabancıların ve ülkeden çıkma bakımından Türk vatandaşlarının suçun seçimlik hareketlerini gerçekleştirme nedeniyle cezalandırılmalarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Suça konu yabancıların suçun mağduru olup olmadıkları kanunun ilk halinde tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay kararlarında göçmenlerin suçun konusu olduğu ve suçun mağduru olmadığı ve fakat uluslararası toplum ve sınırları ihlal edilen ülkelerin suçun mağduru olduğu kabul edilmektedir. Fakat, 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla TCK’nın 79. maddesinde düzenleme yapılarak yabancıların ve ülkeden çıkarma bakımından Türk vatandaşlarının da suçun mağduru olduğu düzenlenmiştir. Ancak biz göçmenlerin suçun mağduru olmadığını kanunun bu ifadelerinden amacın sosyal anlamda mağdurluk olduğunu, göçmen kaçakçılığı suçunda suçun mağdurunun uluslararası toplumu ve ulusal

¹⁵ Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 5 ve 6. maddeleri, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.htm>, E.T. 02.10.2015.

¹⁶ Pablo Rodríguez OCOTRINILLO, “Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)”, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1>, s. 2, E.T. 09.07.2015.

toplumu oluşturan herkes olduğunu kabul etmekteyiz¹⁷. Bu nedenle göçmenler suçun mağduru olmasa da, suçtan zarar gören ve suçun konusu oldukları için Protokole uygun olarak cezalandırılmamaktadırlar. Ancak, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa” göre idari para cezasına tabi tutulabilmektedirler. Bu idari para cezasını vermenin Protokolün 5. maddesine aykırı olacağı düşünülebilir. Ancak protokolün getirdiği koruma sadece cezai kovuşturmayla ilişkindir. Yani ceza verilmemesi için koruma getirmektedir. Fakat idari para cezası verilmesine ilişkin bir koruma sağlamamaktadır. Kanaatimize böyle bir idari para cezasının dahi uygulanması, zaten suçtan zarar gören ve sosyal anlamda suçun mağduru olan, çoğu zaman hayatlarını tehlikeye atan ve büyük zorluklarla boğuşan yabancılar bakımından haksızlık teşkil edebilir¹⁸.

“b- Her Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri halinde, göçmen kaçakçılığını, göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla sahte seyahat veya kimlik belgesi imalini ve bu tür bir belgenin tedariki, temini veya bulundurulması suç haline getirmekle yükümlüdür”. Protokol bu yükümlülük ile göçmen kaçakçılığının suç olarak düzenlenmesi yanında göçmen kaçakçılığı suçu işlenirken belgede sahtecilik yapılması durumlarında ülkelerin sahteciliği de ayrıca suç olarak düzenleyip ceza vermesini istemektedir. Bu yükümlülük bakımından, 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla göçmen kaçakçılığı ve göçmen kaçakçılığının gerçekleştirilmesi amacıyla sahte kimlik veya seyahat belgesi hazırlayanların veya temin edenlerin ayrıca belgede sahtecilik nedeniyle cezalandırılacağı

¹⁷ “Göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki yarar uluslararası toplum düzeni olup, menfaat karşılığı ülkeye sokulan, ülkede kalmasına veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlanan kişilerin suçun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusunu oluşturdukları gözetilmeden...”, YARGITAY 18. CD. 31.3.2015 tarihli ve E.2015/54, K.2015/28 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 10.11.20015; “Sosyal olarak suçtan zarar gören durumda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nun 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini...”, YARGITAY CEZA GENEL KURULU 13.4.2010 tarihli ve E.2010/8-72, K.2010/89 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 25.10.2015.

¹⁸ Protokolün önsözünde göçmenlere insanca muamele yapılması ve haklarının bütünüyle korunmasına ilişkin ihtiyaç vurgulandığı için, suçta konu yabancıların göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmamaları gerektiği ve suçun sosyal mağduru oldukları anlaşılmaktadır.

Protokole uygun olarak düzenlenmişti¹⁹. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinde ise, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi cezalandırılmışken, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik yapılması halinde failin bu suçtan ayrıca cezalandırılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak TCK'nın 212. maddesinde sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenacağı düzenlemesi bulunduğu için, TCK'nın 79. maddesinde böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen Protokole uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik yapılması veya sahte belge kullanılması halinde failin ayrıca belgede sahtecilikten cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yani Protokolün ön gördüğü bu yükümlülük yerine getirilmiştir.

“c- İlgili Devletin vatandaşı olmayan veya o Devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan Devlette, yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, yasadışı yollarla imkân sağlamanın suç haline getirilmesi gerekir”. Protokolün getirdiği bu yükümlülük 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde protokole uygun olarak yer almıştı. Buna göre, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerinin veya ülkede kalmalarının sağlanması suç olarak düzenlenmişti. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinde de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokulması veya ülkede kalmasına imkan sağlanması suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme de Protokolün getirmiş olduğu yükümlülüğün gereklerine uygun ve yerinde olmuştur. Yabancıyı kanuna aykırı olarak ülkede kalmasına imkan sağlandığı hallerde doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla hareket edilmişse, fail göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılacaktır.

¹⁹ “Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suçta iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkaranlara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir...”, 765 Sayılı Mülga TCK201/a.

“d- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla, bu göçmen kaçakçılığı suçunu işlemeye teşebbüs etmeyi, suç ortağı olarak iştirak, ve göçmen kaçakçılığını işlemek üzere başkalarını örgütlemek veya yönetmeyi suç haline getirmekle yükümlüdür”. Bu yükümlülük doğrultusunda 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs edilmesi halinde tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı²⁰ düzenlendiği için göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüse ilişkin Protokol yükümlülüğü yerine getirilmiş oluyordu²¹. 5237 Sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi kabul edilip cezalandırılması yer almamaktaydı. Bu nedenle öğretisi ve uygulamada suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı ve teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya konulmuştu. Yargıtay verdiği kararlarda suça teşebbüsün mümkün olduğunu ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmekteydi²². Teşebbüs hükümlerinin uygulandığı bir durumda TCK'nın teşebbüsü ihtiva eden genel hükümlerinden olan 35. madde gereğince göçmen kaçakçılığı suçu için hükmedilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarının indirilmesi söz konusu olmaktaydı. Bu hükmün uygulanmasının Protokole uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Protokolün yükümlülüğü suçun teşebbüs halinde kalmasının da cezalandırılması yönündedir, yoksa göçmen kaçakçılığına teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılması gerektiğine ilişkin değildir. TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde teşebbüsün genel hükümler çerçevesinde cezalandırılması Protokolün getirdiği

20 ARSLAN, Çetin, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, AÜHF Dergisi, Yıl 2003, C.52 S. 1, s.131, (s.113-145).

21 “... bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir” 765 Sayılı Mülga TCK201/a-2.

22 “Göçmen kaçakçılığı suçunda; uyuşmazlık; sanıkların üzerlerine atılı göçmen kaçakçılığı suçunun tamamlanıp tamamlanmadığının belirlenmesine ilişkindir. Sanıkların yasal olmayan yollardan ülkemize giren göçmenlerin maddi menfaat elde etmek amacıyla ülkede kalmalarına imkan sağladıkları ve bu şekilde eylemlerinin tamamlandığı kabul edilmiş ise de, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan göçmenleri, yurt dışına çıkarmak amacıyla belli bir süre barındıran sanıkların eylemlerinin, göçmen kaçakçılığı suçunun, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan ve sanıkların lehine olduğunda tereddüt bulunmayan "göçmenin yurt dışına çıkartılmasına imkan sağlanması" şeklindeki seçimlik hareketi oluşturduğu, göçmenlerin yurt dışına çıkartılmadan yakalanmış olmaları nedeniyle sanıkların fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/8-1085 K. 2013/96 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.02.10.2015.

yükümlülük bakımından yeterlidir. Çünkü Protokolün 6. maddesinde her taraf devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla düzenleme yapacağı ifade edilmiştir. Yani kanun maddesinin ilk halinde Protokole aykırılık bulunmamaktadır. Ancak verilecek cezalarda teşebbüs nedeniyle bu derecede indirim uygulanacak olması, suçla etkin mücadele ve suçun önlenmesi bakımından yetersiz kalındığı gerekçesiyle uluslararası platformlarda ülkemize eleştirilere neden olmuştur²³. Bu nedenle 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla TCK'nın 79. maddesine, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükümlenacağı düzenlenmiştir. Artık kanunun mevcut halinde göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüs hali de tamamlanmış gibi kabul edilerek ceza tatbik edilecek ve TCK'nın 35. maddesindeki teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Kanaatimizce de, göçmen kaçakçılığının önlenmesini amaçlayan Protokolün getirdiği yükümlülük ve suçla daha etkin mücadele bakımından 6008 Sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle göçmen kaçakçılığı suçunun 765 Sayılı Mülga TCK'da olduğu gibi "teşebbüs suçu (kalkışma suçu)" olarak düzenlenmesi daha isabetli olmuştur.

Protokolün 6. maddesine göre, göçmen kaçakçılığının örgütlü olarak işlendiği hallerde, bunun cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi yükümlülüğü getirilmiştir. 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde bu yükümlülüğe uygun olarak göçmen kaçakçılığı suçunun örgütlü olarak işlendiğinde hallerde failere verilecek cezada bir kat artırım yapılacağı hükmüne yer verilmişti. Bu yükümlülük 5237 Sayılı TCK'nın göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen 79. maddesinde de yer almıştır. Göçmen kaçakçılığının bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılabilecektir. Göçmen kaçakçılığı suçu çoğunlukla sınıraşan²⁴ suç olduğu ve suç örgütleri tarafından önemli bir gelir kaynağı olarak işlendiği için ve aslında suçun bir örgüt tarafından

²³ BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.226.

²⁴ Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, sınır aşan bir suçtan bahsedilebilmesi için şu özelliklerin bulunması gerekir;

"a) Suç birden fazla devlette işlendiğinde,

(b) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde,

(c) Suç tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığına, veya

(d) Suç tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda, sınıraşan niteliktedir", http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafliisoz/bm/bm_45.pdf, E.T. 10.04.2015.

işlenmesinin daha kolay olması nedeniyle bu suçla mücadele bağlamında “bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin” ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiş olması caydırıcılık bakımından önemlidir. Aynı zamanda, *Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol*'ün 6. maddesinde taraf devletlere getirilen yükümlülük de yerine getirilmiş olmaktadır. Ancak TCK'nın 220. maddesinde örgüt kurmak başlı başına bir suç olarak ayrıca düzenlenmiştir²⁵. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunun örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği durumlarda hem TCK. 79/3 de düzenlenen ağırlaştırıcı sebep ve hem de örgüt kurma suçundan²⁶ kişiye ceza verildiği için ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “non bis in idem” kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bir fiilden iki defa ceza verileceği için eleştirilmiştir²⁷. Kanaatimizce eleştiri haklı da olsa, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinin önlenmesindeki zorluk ve suçun konusu olan birçok kişinin ölümüne neden olduğu dikkate alındığında kanun koyucunun düzenlemesi gerekli ve yerindedir.

Protokolün 6. maddesi ile getirilen diğer bir yükümlülük olarak göçmen kaçakçılığı suçunun iştirak halinde işlenmesinin cezalandırılması gerekmektedir. Mülga 765 Sayılı Kanunun iştirak hükümleri ve 5237 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümleri kapsamında göçmen kaçakçılığı suçuna iştirak Protokole uygun olarak cezaya tabi tutulacaktır.

“e- Her Taraf Devlet, kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye

²⁵ TCK. m.220. “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir”.

²⁶ “Örgütlü suç grubu” doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir. Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.2. göçmen kaçakçılığı bakımından bu nitelikli halin uygulanabilmesi için Sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen suç örgütünün unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

²⁷ ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011, s.66; ŞEN, Ersan/MALBELEĞİ, Erkam, Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.107; DOĞAN, Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2008, s.156.

sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almakla yükümlüdür". Protokolün ön gördüğü bu yükümlülükler, 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 201/a maddesinde protokole uygun olarak yer almıştı. Bu maddede kaçak göçmenlerin yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmaları hallerinde faillere verilecek cezaların yarısı oranında artırılacağı, ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunacağı şeklinde düzenlenmişti. Ancak göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinin ilk halinde Protokolde öngörülen bu yükümlülükler bulunmamaktaydı. Yani, protokole aykırı olarak, göçmen kaçakçılığının işlenmesi sırasında göçmenlerin hayatlarının tehlikeye sokulması veya onur kırıcı muameleye tabi tutulmaları cezayı arttıran nitelikli hal olarak düzenlenmemişti. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususu vurgulamıştır^{28, 29}. Cezayı ağırlaştırıcı sebeplere kanun hükmünde yer verilmediğinden, göçmenlerin hayatlarının tehlikeye sokulması veya insanlık onuru ile bağdaşmayan muameleler ancak cezanın kanunda yazılı olan alt ve üst sınırlar arasında 5237 Sayılı TCK'nın 61. maddesi çerçevesinde dikkate alınabilmekteydi³⁰. Kanunkoyucu nihayet Protokolün getirdiği bu yükümlülüğe aykırılığın farkına varmış ve 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla, "suçun, mağdurların; a) Hayatı

28 "765 sayılı TCK.nun 201/a maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçuna teşebbüsün olanaklı olmadığı, zira aynı maddenin 2. fıkrasında bu suça teşebbüs halinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı hükmünün yer aldığı, 3. fıkrada ise suçun insanlık dışı ve onur kırıcı muamele biçiminde gerçekleşmesi halinde verilen cezadan yarı oranında artırım yapılacağı hükmünün bulunduğu, 5237 sayılı TCK.nun 79. maddesinde ise, 765 sayılı TCK.nun 201/a-2 madde ve fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olduğu ve ayrıca 765 sayılı TCK.nun 201/a-3 madde ve fıkrasındaki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırım ile ilgili bir düzenlemenin de bulunmadığı anlaşılmasına göre...", Yargıtay 8. CD. 20.3.2006 tarihli ve E.2006/215, K.2006/2281 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.04.11.2015.

29 "5237 sayılı Yasa'nın 79. maddesinde 765 sayılı Yasa'nın 201/a-2 maddesindeki düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle, göçmen kaçakçılığı suçunun bütün hallerine teşebbüsün olanaklı olması ve 201/a-3 maddesindeki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele halinde artırım ile ilgili bir düzenleme de bulunmaması karşısında; Türkiye'den başka ülkelere gitmek isteyen göçmenlerin yolda yakalandığı anlaşıldığına göre, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gözletilmelidir". Yargıtay 8. CD. 6.12.2006 tarihli ve E.2006/4301, K.2006/8928 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T.04.11.2015.

30 BİRTEK, Göçmen Kaçakçılığı, s.230.

bakımından bir tehlike oluşturması, b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır” şeklinde TCK'nın 79. maddesinde düzenleme yapmıştır. Bu bağlamda artık göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi durumunda suçun konusu olan göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşmuşsa verilecek ceza arttırılacaktır. Aynı şekilde, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sırasında suçun konusu olan göçmenlerin onur kırıcı bir muameleye maruz kalması halinde verilecek ceza arttırılacaktır.

6008 Sayılı Kanunla, Protokolün 6. maddesiyle taraf ülkelere getirilen önemli bir yükümlülük olan “göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumlar ve bu tür göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak kabul edilmesi” hükmü yerine getirilmiştir. Kanaatimizce 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk halinde bu yükümlülüğe uyulmaması büyük ve açıklanamaz bir eksiklik olmakla birlikte, kanunun mevcut halinde bunun Protokole uygun bir şekilde düzenlenmiş olması yerinde ve isabetli olmuştur.

IV. SONUÇ

Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün getirdiği yükümlülüklerin yürürlükte bulunan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu bakımından değerlendirilmesi sonucunda; TCK'nın mevcut düzenlemesinin Protokolün yükümlülüklerine uygun bir şekilde düzenlendiği ve göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi bakımından Türkiye Cumhuriyetinin bu uluslararası sözleşmeye uygun, gerekli ve yerinde bir kanuni düzenleme yaptığı görülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, uluslararası sözleşme bağlamında üstlendiği yükümlülükleri yürürlükteki mevzuatında harfiyen uygulayıp, yerine getirmiştir.

Bu düzenleme önemli bir uluslararası sorun olan ve ülkemiz için de son yıllarda çok büyük bir sorun haline gelen yasadışı göç ve göçmen kaçakçılığı suçunun önlenmesi bakımından önemli ve bir adım atılmıştır.